4120-3-27041.
Oficina Asesora Jurídica

AUTORIDAD NACIONAL
DE LICENCIAS AMBIENTALES

Bogotá, D. C., 27 MAY 2014

MEMORANDO

PARA: **NUBIA OROZCO ACOSTA**
Directora General ANLA

MAURICIO MALDONADO CHAYA
Subdirector de Evaluación y Seguimiento

ANDREA CORTES SALAZAR
Subdirectora de Instrumentos, Permisos y Trámites Ambientales

Coordinador y Líder Jurídico del sector de Infraestructura

DE: **ROBERTH LESMES ORJUELA**
Jefe Oficina Asesora Jurídica

Asunto: **Apoyo jurídico licencia ambiental frente a viviendas, edificaciones, instalaciones y obras de prevención, en materia de proyectos de rehabilitación y mantenimiento de obras viales, reconocimiento de fajas mínimas en carreteras, límites de la emergencia vial y sobre la construcción de adecuaciones, instalaciones y facilidades eco-turísticas en el SPNN**

En atención a la solicitud de apoyo jurídico realizado a la Oficina Asesora Jurídica de la ANLA, sobre la exigencia de licencia ambiental frente a viviendas, edificaciones, instalaciones, obras de prevención, en materia de proyectos de rehabilitación y mantenimiento de obras viales, reconocimiento de fajas mínimas en carreteras, límites de la emergencia vial y sobre la construcción de adecuaciones, instalaciones y facilidades ecoturísticas en el Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN), se responde:

MinAmbiente
PROSPERIDAD PARA TODOS

1. **Disposiciones constitucionales, normatividad y jurisprudencia constitucional sobre los límites a las actividades en el SPNN y su relación con la licencia ambiental**

De acuerdo con la conceptualización de la Constitución Política y la Ley, el ambiente es un bien común susceptible de regulación mediante la figura de bienes públicos' cuando su titularidad radica en la Nación, en este sentido lo reconoce el artículo 102 constitucional en el sentido de concebir el ejercicio del dominio sobre el territorio y los bienes públicos que de él forman parte. Siguiendo esta definición, el ambiente pese a ser considerado como un bien común o patrimonio común, tiene una regulación a través de los diferentes tipos o regímenes de propiedad para regular bienes comunes, tal como han sido desarrollados por el ordenamiento jurídico: i) propiedad pública o estatal; ii) propiedad privada (individual o de socios o compañías), iii) propiedad colectiva de grupos específicos (por ejemplo: territorios de comunidades étnicas); y iv) libre acceso (*res nullius*) o propiedad común (*res communis*) con o sin límites de uso (por ejemplo, bienes baldíos y zonas de reserva forestal contenidos en la Ley 2ª de 1959)[1 2 3].

Dentro de la categoría de los 'bienes públicos' pueden identificarse los mencionados por el artículo 63 de la Carta Política, esto es, "los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley" que según esta misma disposición constitucional mantienen las características de "inalienables, imprescriptibles e inembargables".

De acuerdo con las primeras disposiciones de la legislación ambiental nacional que aún se encuentran vigentes por su validez y eficacia en el actual marco constitucional, la Ley 23 de 1973 y el Decreto-Ley 2811 de 1974 señalan que el ambiente es patrimonio común por lo que su mejoramiento y conservación son actividades de utilidad pública e interés social en las que para su manejo deberán participar el Estado y los particulares". A partir de estas disposiciones, hubo una afectación jurídica del ambiente al uso público, respetando los derechos adquiridos, lo cual se ha consolidado y ratificado con normas constitucionales, legales o administrativas posteriores, e inclusive por decisión privada de propietarios que ceden o mantienen bienes a la condición de utilidad pública ambiental, manteniendo sin embargo la condición privada total que se debe respetar.

[1] Steins, N. A. y Edwards, V. M. 1993. Platforms for collective action in multiple-use common-pool resources. *Agriculture and Human Values*. 16: 241-255. La Haya: Kluwer Law International.

[2] Ostrom, E.; Burger, J; Field, C. B.; Norgaard, R. B.; Policansky, D. 1999. Revisiting the commons: Local lessons, global challenges. *Science: New Series*. 284 (5412): 278-282. Nueva York: American Association for the Advancement of Science.

[3] Ortega G. A.; Mora-Motta, A.; Arciniegas, J. 2011. La regulación social de los bienes comunes: Justicia ambiental ante una crisis ambiental y climática. En: Mesa-Cuadros, G. (ed.). *Elementos para una teoría de la justicia ambiental y el Estado ambiental de derecho*. pp. 115-148. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.

En efecto, los bienes que han sido catalogados dentro de la dogmática jurídica como dominio público natural (por ejemplo, ríos, la zona mar territorial y ambiente marítimo, las riberas y playas, flora, fauna, etc.) han obtenido el carácter de bien público a partir de las siguientes premisas jurídicas:

(i) La incorporación del ambiente como bien público se da en virtud de los preceptos generales de utilidad pública y bienes públicos, por medio de los cuales se imponen medidas para su manejo, conservación, así como acciones para prevenir los factores de deterioro que influyen en él, tal como lo disponen la Ley 23 de 1973 y el Decreto Ley 2811 de 1974;

(ii) Se utiliza como criterio de incorporación a la condición de bien público, la identificación de las área de territorio de interés que reúnan ciertas características consideradas desde el punto de vista ambiental; especialmente, las áreas que constituyen los parques naturales, páramos, humedales, etc. Esta incorporación a la condición de bien público no sólo se determina por aplicación de la ley, sino adicionalmente por las disposiciones de los decretos y actos administrativos. En todo caso, es necesario tener en cuenta, que la incorporación debe observar la garantía de los derechos adquiridos, en los cuales debe respetarse el uso y goce del derecho de dominio, que sólo está limitado por las disposiciones normativas y decisiones de las autoridades de acuerdo con el respectivo plan de manejo del parque, pero también mediante los límites de la trasferencia del derecho de propiedad o reconocimiento de mejoras, en la que el particular tiene el deber legal de negociar con el Estado, quien es el único que en estricto rigor jurídico está facultado para adquirir tales propiedades o mejoras"[5].

(iii) Otra forma de incorporación a la condición de bien público y utilidad pública, está referida especialmente a las reservas forestales, distritos de manejo integrado, y otras áreas adicionales, en las cuales que se establecen de manera exclusiva los límites frente a la facultad de uso, pues las facultades la disposición y goce, siempre se mantendrán en cabeza de los titulares del derecho de propiedad.

En términos más simples, para concebir la afectación jurídica del ambiente como bien público, puede entenderse como el sistema de los componentes biológicos y físicos que son determinantes para garantizar las medidas y los fines de la afectación a la utilidad pública, diferenciándose en dos grandes categorías: (i) el subsistema de los elementos no vivientes compuestos por el agua, el aire y el suelo; y (ii) el subsistema biótico o de los seres vivos.

[4] Bienes del dominio público natural, como los establecidos en el artículo 3º del Decreto 28811 de 1974: ríos, la zona, mar territorial y ambiente marítimo, las riberas y playas, flora, fauna, y otros, a excepción de los ya mencionados derechos adquiridos.
[5] Consejo de Estado de Colombia (CEC). 1983-1997. *Decisión del 21 de febrero de 1983 y Decisión No. 1043 del 16 de Diciembre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.* Bogotá D. C.: CEC.

MinAmbiente
PROSPERIDAD PARA TODOS

Adicionalmente, se deben considerar las disposiciones constitucionales establecidas en la Constitución Política de 1991, frente a las obligaciones que se derivan de la propiedad sobre el ambiente y las demás regulaciones de bienes comunes y ambientales que han sido desarrolladas mediante interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia (CCC), como se aprecia en el siguiente sub-acápite.

1.1 Disposiciones constitucionales, normativas y jurisprudenciales en materia de límites a las actividades en el SPNN

Teniendo en cuenta la necesidad de establecer la normatividad y los criterios interpretativos jurisprudenciales, en este punto se analizará inicialmente el tema de protección y límites frente a las actividades desarrolladas en el SPNN, más adelante se desarrollará el ítem sobre las facultades y ejercicio del derecho de propiedad en las áreas del SPNN y por último, el análisis sobre los derechos adquiridos anteriores a la declaratoria de zonas protegidas en el SPNN.

1.1.1 Protección y límites frente a las actividades desarrolladas en el SPNN

El Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) de Colombia, es un desarrollo de la legislación nacional para la protección de áreas de gran importancia como lo establece el Decreto-Ley 2811 de 1974 (CNRNR) junto a sus regulaciones y prohibiciones (artículos 327 y subsiguientes), definido como "el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio Nacional que, en beneficio de los habitantes de la nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran".

Posteriormente, el Decreto 622 de 1977 reglamentó las actividades permitidas en las áreas pertenecientes al SPNN, así como otras regulaciones respecto a los límites, prohibiciones, clasificación y zonificación de acuerdo al Plan de Manejo Ambiental (PMA) (enunciadas como: zona intangible, zona primitiva, zona de recuperación natural, zona histórico-cultural, zona de recreación general exterior, zona de alta densidad de uso, zona amortiguadora).

Algunas disposiciones fueron derogadas y adicionadas por la Ley 99 de 1993, respecto a la competencia del Ministerio de Ambiente para reservar, alinderar y administrar las áreas del SPNN. De otra parte, la Ley 99 de 1993 desarrolla y especifica la declaratoria de utilidad pública de las áreas del SPNN (artículo 107) que había sido establecida en el artículo 14 de la Ley 2ª de 1959 (y que anteriormente estaba reglamentado por el artículo 9 del Decreto 622 de 1977).

Actualmente, en virtud del Decreto 3572 de 2011, la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia (UAESPNN) es la entidad

Adicionalmente, se deben considerar las disposiciones constitucionales establecidas en la Constitución Política de 1991, frente a las obligaciones que se derivan de la propiedad sobre el ambiente y las demás regulaciones de bienes comunes y ambientales que han sido desarrolladas mediante interpretación jurisprudencial de la Corte Constitucional de Colombia (CCC), como se aprecia en el siguiente sub-acápite.

1.1 Disposiciones constitucionales, normativas y jurisprudenciales en materia de límites a las actividades en el SPNN

Teniendo en cuenta la necesidad de establecer la normatividad y los criterios interpretativos jurisprudenciales, en este punto se analizará inicialmente el tema de protección y límites frente a las actividades desarrolladas en el SPNN, más adelante se desarrollará el ítem sobre las facultades y ejercicio del derecho de propiedad en las áreas del SPNN y por último, el análisis sobre los derechos adquiridos anteriores a la declaratoria de zonas protegidas en el SPNN.

1.1.1 Protección y límites frente a las actividades desarrolladas en el SPNN

El Sistema de Parques Nacionales Naturales (SPNN) de Colombia, es un desarrollo de la legislación nacional para la protección de áreas de gran importancia como lo establece el Decreto-Ley 2811 de 1974 (CNRNR) junto a sus regulaciones y prohibiciones (artículos 327 y subsiguientes), definido como "el conjunto de áreas con valores excepcionales para el patrimonio Nacional que, en beneficio de los habitantes de la nación y debido a sus características naturales, culturales o históricas, se reserva y declara comprendida en cualquiera de las categorías que adelante se enumeran".

Posteriormente, el Decreto 622 de 1977 reglamentó las actividades permitidas en las áreas pertenecientes al SPNN, así como otras regulaciones respecto a los límites, prohibiciones, clasificación y zonificación de acuerdo al Plan de Manejo Ambiental (PMA) (enunciadas como: zona intangible, zona primitiva, zona de recuperación natural, zona histórico-cultural, zona de recreación general exterior, zona de alta densidad de uso, zona amortiguadora).

Algunas disposiciones fueron derogadas y adicionadas por la Ley 99 de 1993, respecto a la competencia del Ministerio de Ambiente para reservar, alinderar y administrar las áreas del SPNN. De otra parte, la Ley 99 de 1993 desarrolla y especifica la declaratoria de utilidad pública de las áreas del SPNN (artículo 107) que había sido establecida en el artículo 14 de la Ley 2ª de 1959 (y que anteriormente estaba reglamentado por el artículo 9 del Decreto 622 de 1977).

Actualmente, en virtud del Decreto 3572 de 2011, la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales de Colombia (UAESPNN) es la entidad

pública creada para administrar, manejar y regular el uso del SPNN, otorgando los permisos, concesiones y autorizaciones ambientales de acuerdo con la normatividad vigente, y emitiendo los respectivos conceptos frente al trámite de las licencias ambientales, entre otras.

A esta normatividad se han adicionado todas las obligaciones jurídicas del derecho ambiental internacional (DAI), especialmente lo establecido en el literal a) del artículo 8° de la Ley 165 de 1994 por medio de la cual se aprueba el Convenio de Diversidad Biológica (CDB) en materia de conservación *in situ* el cual dispone, como obligación para cada Estado Parte, establecer "un sistema de áreas protegidas o áreas donde haya que tomar medidas especiales para conservar la diversidad biológica".

A partir de la Constitución Política de 1991, la normatividad ambiental en materia de parques naturales ha establecido obligaciones adicionales que constituyen mayores garantías frente a este tipo de áreas, fundamentalmente en los valores, principios y disposiciones constitucionales. Así por ejemplo, el artículo 8° establece el deber del Estado de proteger las riquezas naturales y culturales, el artículo 58 (modificado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 1999) dispone la garantía de la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, que no puede ser desconocidos y vulnerados por leyes posteriores, y la prevalencia del interés público o social frente al interés particular, así como el reconocimiento de la función social y ecológica de la propiedad (función ambiental) independiente de su régimen regulatorio (esto es, propiedad pública, privada, colectiva, etc.).

También el artículo 63 ibidem (en concordancia con el artículo 329), que es la disposición constitucional sobre los 'bienes comunes y ambientales', entre los cuales se incluyen los "bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación" todos ellos definidos como "inalienables, imprescriptibles, e inembargables". Y, otras disposiciones relevantes como los artículos 79 y 80 de la Carta Política, que establece la obligación del Estado de "proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancias ecológica", planificar "el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución" así como "prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados".

Ahora bien, en materia de jurisprudencia, la CCC ha establecido una línea en materia de interpretación sobre los límites en las áreas que componen el SPNN, que son imprescindibles y determinantes para el objeto de consulta, es decir, para la construcción, obra, mantenimiento y rehabilitación de viviendas, edificaciones, instalaciones, proyectos de rehabilitación y mantenimiento de obras viales, reconocimiento de fajas mínimas en carreteras, límites de la emergencia vial y construcción de adecuaciones, instalaciones y facilidades ecoturísticas en el SPNN.

Un primer fallo relacionado con el bienes de uso público aunque abordado de manera tangencial, fue la Sentencia T-605 de 1992 (caso Quintero y otros vs Arco S.A.), sobre los límites y prohibición frente a los bienes de uso público que no pueden ser despojados a través de figuras como la propiedad privada o a través del ejercicio de la actividad hotelera[6].

Más adelante en la Sentencia T-666 de 2002 (caso Sosa vs EAAB)[7], la CCC advierte que con la Constitución Política de 1991 "*las áreas de especial importancia ecológica están sometidas a un régimen de protección más intenso que el resto del medio ambiente*" y estas protecciones "*(i) se convierte en principio interpretativo de obligatoria observancia cuando se está frente a la aplicación e interpretación de normas que afecten dichas áreas de especial importancia ecológica y (ii) otorga a los individuos el derecho a disfrutar –pasivamente– de tales áreas, así como a que su integridad no se menoscabe*".

En términos de regímenes de propiedad, la CCC reitera los preceptos constitucionales en la Sentencia C-189 de 2006, afirmando que el SPNN "*convierte en un límite al ejercicio del derecho a la propiedad privada, en cuanto a que las áreas que se reservan y declaran para tal fin, no sólo comprenden terrenos de propiedad estatal, sino de propiedad particular. En estos casos, los propietarios de los inmuebles afectados por dicho gravamen, deben allanarse por completo al cumplimiento de las finalidades del sistema de parques y a las actividades permitidas en dichas áreas de acuerdo al tipo de protección ecológica que se pretenda realizar*". Y por ende, sólo estarán autorizadas las actividades que la normatividad ambiental permita de acuerdo con la clasificación de las áreas protegidas de parques naturales[8].

Siguiendo el criterio de límites a la propiedad privada, se mencionan además algunos casos de jurisprudencia internacional que han sido retomados por la CCC, para resolver acciones de tutela en materia de límites a la propiedad privada, por ejemplo la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Chiriboga vs Ecuador (2008-2011)[9] y las Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) en los casos Hamer vs Bélgica (2007), Turgut y otros vs Turquía (2008), Depalle vs Francia (2010), Brosset-Triboulet vs Francia (2010)[10]. En todos ellos, la ponderación entre derechos y obligaciones ha resultado en favor de los límites del

[6] Corte Constitucional de Colombia. 1992. *Sentencia T-605 de 1992 [caso Quintero y otros vs Arco S.A.]*. Bogotá D. C.: CCC.
[7] Corte Constitucional de Colombia. 2002. *Sentencia T-666 de 2002 [Caso Sosa vs Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá (EAAB)]*. Bogotá D. C.: CCC.
[8] Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2006. *Sentencia C-189 de 2006. Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 13 (parcial) de la Ley 2ª de 1959*. Bogotá D.C.: CCC.
[9] Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). 2008-2011. Sentencia del 6 de Mayo de 2008 (excepciones preliminares y fondo) y Sentencia de 3 de marzo de 2011 (costas y reparaciones) [Chiriboga vs Ecuador]. San José: CIDH.
[10] Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH). 2007-2008-2010a-2010b. *Sentencia del 27 de Noviembre de 2007 [Hamer vs Bélgica, App. N° 21861], Sentencia del 8 de Julio de 2008 [Turgut y otros vs Turquía, App. N° 1411], Sentencia del 29 de Marzo de 2010 [Depalle vs Francia, App. N° 34014] y Sentencia del 29 de Marzo de 2010 Brosset-Triboulet vs Francia, App. N° 34078]*. Estrasburgo: CEDH.

derecho de 'propiedad' por razones de utilidad pública o interés social, lo cual significa que no puede ser concebido como un derecho absoluto sino relativo.

En la línea jurisprudencial sobre los límites a la propiedad en el SPNN, en la Sentencia T-282 de 2012 que denegó el amparo de tutela (caso Andreis Mattos vs Ministerio de Ambiente y UAESPNN)[11], la CCC se remite a los pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado de Colombia (CEC) (Decisiones del 21 de febrero de 1983 y del 16 de Diciembre de 1997) para afirmar que los titulares del derecho de propiedad privada en las áreas del SPNN deben soportar no sólo las disposiciones normativas, sino también "*la facultad otorgada a la Administración para regular intensamente actividades privadas en las zonas protegidas [...] por ejemplo para imponer servidumbres compatibles y necesarias con los objetivos de conservación del parque o impidiendo, como se ha dicho, obras privadas en el parque sin autorización administrativa*" y "*que el particular no puede entrar a negociar libremente en su propiedad o mejora cuando ésta se encuentra dentro de una zona reservada como parque Nacional, sino que debe negociar con el Estado quien es el único que en estricto rigor jurídico está facultado para adquirir tales propiedades o mejoras*"[12].

Sentencia C-743

1.1.2 Facultades y ejercicio del derecho de propiedad en las áreas del SPNN

A pesar de lo mencionado antes sobre la imposición de prohibiciones, límites y obligaciones frente a las actividades que pueden desarrollarse en las áreas del SPNN, de ninguna manera pueden ser entendidos o interpretados como una restricción absoluta frente a las facultades de 'uso, goce y disposición' haciendo nugatorio el ejercicio mismo de este derecho. La misma CCC ha reconocido que en los tipos de propiedad tanto pública, como privada y de propiedad colectiva indígena o afro, "*las autoridades competentes deben cumplir sus funciones teniendo en cuenta el imperativo de protección ambiental derivado del sistema, así como los derechos de tales grupos e individuos. Aparte de ellos, el Estado debera clarificar la propiedad, para deslindar y recuperar los terrenos baldíos para eliminar toda ocupación o pretensión ilegítima sobre tales territorios*" (Sentencia T-282 de 2012). Además es necesario aclarar, que en este mismo tema, la limitación de las actividades en las áreas protegidas como el sistema de parques naturales cuando existe superposición con los territorios de los grupos étnicos, la CCC ya había mencionado en la Sentencia T-652 de 1998 (caso Embera-Katío vs Presidencia de la República o caso Urrá), que debe existir un régimen de regulación diferenciado respecto al manejo del parque natural, para permitir actividades de comunidades étnicas que sean compatibles con su subsistencia cuando exista superposición de sus tierras con el SPNN, pues ni "*la legislación sobre protección*

[11] Corte Constitucional de Colombia. 2012. *Sentencia T-282 de 2012 (caso Andreis Mattos vs Ministerio de Ambiente y UAESPNN)*. Bogotá D. C.: CCC. En este caso fue denegado el amparo de tutela por falta de material probatorio que indicara el derecho de propiedad o de posesión legítima, por lo cual sostuvo la Corte que los derechos fundamentales no podían ser amparados como quiera que la situación de riesgo de estos derechos la generó el propio accionante (principio 'nadie puede alegar su propia culpa').
[12] Consejo de Estado de Colombia (CEC). 1983-1997. *Decisión del 21 de febrero de 1983 y Decisión No. 1043 del 16 de Diciembre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil*. Bogotá D. C.: CEC.

ambiental" ni la conservación ecológica del parque nacional pueden desarrollar dichas disposiciones a costa de la desaparición forzada de los pueblos indígenas y demás grupos étnicos[13].

Lo anterior significa un triple mandato por parte del Estado en términos jurisprudenciales frente al tema de parques naturales: i) realizar todas las acciones necesarias para que los derechos de propiedad estén plenamente definidos e identificados, ii) aplicar en las decisiones y desarrollos normativos el imperativo ambiental de protección sobre este sistema, y iii) dar pleno reconocimiento a los derechos adquiridos de comunidades e individuos en materia de derechos de propiedad y otros derechos reales como las servidumbres, derechos de vías y fajas mínimas de carreteras.

La CCC ha desarrollado elementos importantes de interpretación sobre el reconocimiento de las facultades y el ejercicio del derecho de propiedad dentro del SPNN, en aquellos casos en los que la titularidad de este derecho no corresponda al Estado (esto es, propiedad pública o estatal) sino en otros tipos de regulación como la 'propiedad privada' o la 'propiedad colectiva' de las 'comunidades étnicas' (o ambos tipos cuando coexistan).

Así por ejemplo, en Sentencia T-282 de 2012 anteriormente citada la CCC expresa la necesidad de conciliar la protección de las zonas protegidas con los derechos de propiedad de los individuos y las comunidades, en los siguientes términos:

> *"Con relación a las actividades que desarrollen los particulares en uso de sus títulos legítimos de propiedad deberá la autoridad ambiental competente, regular y limitar las actividades u obras que se puedan desarrollar como consecuencia de tales derechos, a fin de hacerlas coherentes con las necesidades ecológicas que justifican los parques naturales. En este sentido, no obstante la dignidad de las posiciones jurídicas que en cada caso se protegen para comunidades e individuos, deben conciliarse con las exigencias que la reserva en cuestión impone de cualquier alteración de las condiciones existentes. Las limitaciones a la disposición de los bienes en razón de la función ecológica de la propiedad no significan un desconocimiento de los atributos de uso, goce y explotación sobre dichos bienes, sino una adaptación de la relación entre el propietario y su bien con el fin de lograr la conservación o la preservación del medio ambiente".*

En este sentido reconoce la Corte que aún con la protección y los límites establecidos en la Constitución, la ley, los reglamentos y las decisiones de las autoridades, los titulares del derecho de dominio en los casos descritos "*pueden proceder a su correspondiente explotación económica, por ejemplo, en actividades investigativas, educativas y recreativas*". Lo anterior no excluye "*la posibilidad del Estado de adquirir los citados inmuebles mediante el procedimiento de compra o a través de la*

[13] Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1998. *Sentencia T-652 de 1998 [caso Embera-Katío vs Presidencia de la República o caso Urrá]*. Bogotá D.C.: CCC.

declaratoria de expropiación (...) como alternativas reconocidas, entre otros, en los artículos 14 de la misma Ley 2ª de 1959 y 335 del Código Nacional de Recursos Naturales" ya que en esta medida *"se facilita diluir la tensión de intereses públicos e intereses privados, los procesos de planificación en el manejo de diversas áreas del Parque, llamados a tener criterios comunes de orientación, desarrollo y limitación (artículo 5º, numerales 18, 19, 27 ley 99 de 1993)"*. Y los particulares al momento de querer transferir el dominio sobre dichos predios, deberá negociar con el Estado quien es el único que en estricto rigor jurídico está facultado para adquirir tales propiedades o mejoras"[14].

Conforme a todo lo anterior, la CCC ha establecido de manera específica y concreta las características y definición sobre el SPNN de la siguiente manera (Sentencia C-746 de 2012)[15]:

(i) Tiene un valor excepcional y que se reserva en beneficio de los habitantes del territorio colombiano y de la humanidad;

(ii) Representa características y condiciones especiales y sus componentes han sido clasificados en: parque nacional, reserva natural, área natural única, santuario de fauna, santuario de flora y vía parque (Decreto 2811/1974 art. 329;

(iii) Sus componentes son reservados y delimitados por la autoridad nacional competente; su administración, manejo y protección corresponde al Ministerio de Ambiente y a la UAESPNN (Decreto 2371 de 2010 art. 11);

(iv) Está protegido y desarrolla los artículos 8, 63, 79, y 80 de la Constitución Política y los tratados internacionales en especial el CDB (Ley 165 de 1994);

(v) Se encuentra sometido a un régimen jurídico acorde con las finalidades de conservación y protección, y en el que las únicas actividades permitidas son conservación, investigación, educación, recreación pasiva, cultura, y recuperación y control (Decreto 2811 de 1974 art. 332);

(vi) Sus componentes tienen el carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables;

(vii) Es un factor imprescindible del desarrollo sostenible (por ejemplo, biodiversidad y mitigación al cambio climático);

(viii) Es de propiedad mixta (estatal, privada, colectiva) y se debe allanar a las finalidades del sistema y a las actividades allí permitidas.

[14] Consejo de Estado de Colombia (CEC). 1983-1997. *Decisión del 21 de febrero de 1983 y Decisión No. 1043 del 16 de Diciembre de 1997 de la Sala de Consulta y Servicio Civil.* Bogotá D. C.: CEC.

[15] Corte Constitucional de Colombia. 2012. *Sentencia C-746 de 2012 [Demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993].* Bogotá D.C.: CCC.

1.1.3 *Derechos adquiridos anteriores a la declaratoria de zonas protegidas en el SPNN*

A fin de establecer un criterio interpretativo en el que se concilien los derechos y obligaciones de la propiedad 'privada' o 'colectiva', es necesario dar cuenta de la existencia de unos 'derechos adquiridos' que se han constituido de manera previa a la declaración y regulación jurídica de las áreas del SPNN, y que por esta razón no pueden ser desconocidos, vulnerados o restringidos totalmente, pues perdería la naturaleza del derecho afectándolo en su núcleo esencial, situación ante la cual tendría que existir una indemnización y/o expropiación del Estado por la dificultad para ejercer las facultades de uso y goce del bien dentro de los límites normativos.

Este criterio ha sido reconocido en la jurisprudencia del Consejo de Estado de Colombia (CEC) sobre los casos de declaración de zonas protegidas del SPNN y de las áreas adicionales del SINAP, mediante los cuales se genera una afectación total o parcial del derecho de propiedad que debe ser indemnizada bajo la figura de expropiación por parte del Estado[16]. Lo anterior ha sido tratado en la dogmática teórica del derecho mediante la figura de 'afectación', que es la manifestación de la voluntad del Estado para reconocer el uso y goce de un bien que antes era privado, para el uso y goce en común a través de la declaración de interés público. Según esta posición, la 'afectación' puede darse no sólo por mandato de la Constitución o la ley, sino también mediante la expedición de actos administrativos. Pero, el deber de indemnización tiene que ver principalmente con la exigencia de que el bien 'afectado' deba estar en poder del Estado, pues éste no puede afectar al uso y goce público algo que no le pertenece[17]. La 'ocupación' también tiende a ser una situación similar por parte de la administración respecto al desconocimiento de derechos reales, de propiedad y de posesión en las áreas protegidas, según lo cual ante un daño antijurídico probado se presume el nexo causal con el hecho generador y por tanto tendrá que definirse una responsabilidad de indemnización integral del daño, incluyendo tanto el daño emergente como el lucro cesante[18].

En Sentencia del 09 de mayo de 2012 [Silva y otros vs Inderena] mediante el cual se analiza el caso de declaratoria de zona de reserva forestal protectora sobre un predio privado, el CEC confirma estos lineamientos jurisprudenciales concluyendo además que para los casos de afectación a los derechos reales adquiridos deberá reconocerse la respectiva indemnización, independientemente de la invocación de la regla

[16] Consejo de Estado de Colombia (CEC). 1992a-1992b. *Sentencia del 17 de febrero de 1992 [Exp. 6643, Sección Tercera]. Sentencia del 3 de abril de 1997 [Exp. 9718]. Sentencia del 25 de junio de 1992 [Exp. 6974, Sección Tercera].* Bogotá D.C.: CEC.

[17] Marienhoff, M. S. 2007. *Tratado de derecho administrativo: Dominio público.* Tomo V. Buenos Aires: Abeledo-Perrot. Dice el teórico que para que opere la afectación al dominio público se deben cumplir los siguientes requisitos: a) la afectación debe hacer efectiva la satisfacción de una necesidad o un interés público; b) la afectación debe ser efectiva y actual; c) el bien objeto de afectación debe estar en poder del Estado y d) cuando se trate de bienes naturales la afectación es *ministerio legis* y e) que no se confunda su afectación de dependencia en el dominio público y en el carácter de uso público, pues no habría mayor cambio con la afectación para este tipo de casos.

[18] Consejo de Estado de Colombia (CEC). 1992c-1997-2005. *Sentencia del 13 de febrero de 1992 [Exp. 6643] Sentencia del 10 de agosto de 2005 [Exp. 15338, Sección Tercera].* Bogotá D.C.: CEC.

constitucional de prevalencia del interés general sobre el particular, pues nadie tiene por qué soportar todo tipo de limitaciones sobre sus derechos patrimoniales y mucho menos puede argumentarse que "*el interés particular o privado deba desaparecer frente al interés general*" pues la disposición constitucional establece una prevalencia "*pero no lo suprime por completo*".

Teniendo en cuenta esto, el CEC en la Sentencia citada define las siguientes reglas de interpretación jurisprudencial para los casos de ocupación del Estado sobre la propiedad privada: "*i) la ocupación de un bien inmueble de propiedad privada puede configurarse como título de imputación de la responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial [...], ii) la ocupación de un bien inmueble será jurídica cuando de una actuación administrativa se derive la imposibilidad para el propietario de ejercer su derecho, es decir, de realizar las conductas que le permitan explotar económicamente su derecho de propiedad; iii) de configurarse la ocupación jurídica del inmueble, la entidad responsable deberá pagar a título de perjuicios materiales tanto el lucro cesante –lo dejado de percibir por la explotación económica del bien– como el daño emergente –el valor comercial del bien, o una porción del mismo, dependiendo de la extensión de la ocupación– [...]; iv) el ordenamiento jurídico le da un alcance expropiatorio a la ocupación jurídica del bien, [...], en virtud del cual la sentencia que ordene el pago del valor del bien inmueble o de la porción ocupada, tendrá efectos de título traslaticio de dominio [...]*"[19].

Ahora, sobre los derechos adquiridos dentro del SPNN la CCC en Sentencia C-746 de 2012 ha establecido explícitamente derechos adicionales al de propiedad, principalmente la construcción o adecuación de acueductos comunitarios, obras en las fajas de la 'vía parque' así como carreteras y otras obras de prevención; y de manera implícita ha incluido la "*adecuación de las facilidades ecoturísticas*".

Por tanto, cuando se habla de 'derechos adquiridos' no sólo se debe hacer referencia a la construcción de viviendas, edificaciones, instalaciones, obras de prevención y adecuaciones para actividades ecoturísticas sino también de otra serie de derechos reales conexos que fueron establecidos de manera previa a la declaración de las áreas de parques naturales, para hacer efectivo el uso y goce del derecho de propiedad como vías de acceso, carreteras, fajas viales y acueductos comunitarios.

En materia de 'derechos adquiridos' la CCC ha desarrollado una extensa línea jurisprudencial en distintas áreas del derecho, aunque ésta puede resumirse en la conceptualización jurídica que hace la Sentencia C-983 de 2010 según el artículo 58 constitucional. Sobre la definición de 'derechos adquiridos' ha sostenido la Corte, son "*las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona*". Allí se diferencia entre

[19] Consejo de Estado de Colombia (CEC). 2012. *Sentencia del 09 de mayo de 2012 [Rad. 25000232600019930413 7 – 01 (21.906) Caso Silva y otros vs Inderena]*. Bogotá D.C.: CEC.

'expectativas legítimas' y 'derechos adquiridos' según se hayan consolidado o no jurídicamente las situaciones que se reclaman[20].

Según la CCC en la Sentencia mencionada (Sentencia ídem), "*los derechos adquiridos constituyen derechos que son (i) subjetivos; (ii) concretos y consolidados; (iii) cumplen con los requisitos de ley; (iv) se pueden exigir plenamente; (v) se encuentran jurídicamente garantizados; (vi) se incorporan al patrimonio de la persona; (vii) son intangibles y en consecuencia, el legislador al expedir una nueva ley no los puede lesionar o desconocer; y (viii) se diferencian de las expectativas legítimas*".

Por esta razón, "*la Constitución prohíbe el desconocimiento o modificación de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de una ley, con ocasión de la expedición de nuevas regulaciones legales*" (ibídem), pero nunca bajo una protección absoluta sino teniendo en cuenta que para aquellos "*casos en que resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad del interés público o social, el interés privado deberá ceder al interés público o social*".

De todo lo anterior se concluye, que en virtud de las situaciones anteriores a la declaratoria de zona protegida dentro del SPNN (ya enunciadas), deben reconocerse los derechos adquiridos que han sido consolidados jurídicamente, pero bajo el entendido que en los eventos de confrontación y conflicto, tendrán que ceder a las regulaciones de interés público o social tratando de ser 'conciliados' con los mandatos de utilidad pública, protección ambiental y función ecológica de la propiedad.

1.2 Licencias ambientales y su relación con el SPNN

El licenciamiento ambiental según la conceptualización dada por el ordenamiento jurídico (artículo 49 de la Ley 99 de 1993 en concordancia con el artículo 3º del Decreto 2820 de 2010) es el instrumento de control que ejercen las autoridades ambientales competentes respecto a la ejecución de un proyecto que de acuerdo con la ley puede producir un deterioro grave a los 'recursos naturales renovables' o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.

Adicionalmente ha referido la CCC en Sentencia C-328 de 1995 que la licencia ambiental es una herramienta técnica por medio de la cual se concretizan los mandatos ecológicos, frente a los efectos ambientales, tratándose de un acto administrativo esencialmente revocable "sin necesidad de contar con "el consentimiento expreso o escrito de su beneficiario", según lo dispuesto por el artículo 62 de la Ley 99 de 1993[21]. Teniendo en cuenta esto y según lo definido por la misma Corte en Sentencia C-328 de 1999, la licencia puede se puede "*otorgar, negar o cancelar*" e incluso suspender

[20] Corte Constitucional de Colombia. 2010. *Sentencia C-983 de 2010 [Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 12 y 16 (parciales) de la Ley 1382 de 2010 (reformatoria del Código de Minas)]*. Bogotá D.C.: CCC.
[21] Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1995. *Sentencia C-328 de 1995 [Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 4º de la Ley 105 de 1993]*. Bogotá D.C.: CCC.

MinAmbiente
PROSPERIDAD PARA TODOS

cuando "*generen daños o alteraciones al paisaje no previstos al momento de su concesión*" consolidándose como *"una herramienta que permite concretar los deberes estatales de prevención y control del deterioro ambiental"*.

Respecto a la licencia ambiental como acto administrativo condición, la CCC ha aclarado en la revisión de tutela de la Sentencia T- 693 de 2012 (caso Unión Temporal Desarrollo Vial del Valle del Cauca y Cauca vs Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible) y en la Sentencia C-746 de 2012, que al aprobar una licencia ambiental, la autoridad ambiental competente puede hacerlo de manera general obteniendo la facultad de condicionarla al cumplimiento de una serie de requisitos y obligaciones con el fin de prevenir, mitigar, restablecer o compensar los daños causados por la obra o proyecto.

En la Sentencia C-746 de 2012 de la CCC, se puede resumir la conceptualización jurídica de la licencia ambiental teniendo en cuenta sus características, así: i) es una autorización otorgada por el Estado frente a una obra o proyecto que puede ocasionar un deterioro grave al ambiente o los recursos naturales o alterar significativamente el paisaje, ii) tiene como propósito prevenir, mitigar, manejar, corregir y compensar los efectos ambientales; iii) es de carácter obligatoria y previa; iv) opera como instrumento coordinador, planificador, preventivo, cautelar y de gestión ambiental realizando varios principios y obligaciones a cargo del Estado frente al ambiente; v) es el resultado de un procedimiento administrativo reglado y complejo que permite la participación ciudadana incluyendo el derecho de consulta previa; vi) tiene un carácter tanto técnico, como participativo, para evaluar varios aspectos relacionados con los impactos ambientales; y vii), "se concreta en la expedición de un acto administrativo de carácter especial, el cual puede ser modificado unilateralmente por la administración e incluso revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito de su titular, cuando se advierta el incumplimiento de los términos que condicionan la autorización (Ley 99/93 art. 62)".

Por otra parte, la CCC en Sentencias T-282 y C-746 de 2012, ya referenciadas, ha efectuado un análisis adicional sobre la relación que existe entre la 'licencia ambiental' y el SPNN, para lo cual ha dicho que no son figuras incompatibles sino complementarias, pues reflejan y desarrollan los valores y principios constitucionales para garantizar la sostenibilidad ambiental y la conservación en términos biológicos, ecológicos y de biodiversidad.

En ambas Sentencias, ibidem, la CCC establece que la competencia en materia de licencias ambientales para las áreas protegidas del SPNN corresponde a la ANLA, de conformidad con el numeral 12 del artículo 8º del Decreto 2820 de 2010 en desarrollo de la Ley 99 de 1993, competencia que ha sido trasladada por el numeral 1º del artículo 3º del Decreto 3573 de 2011 y según afirma es competencia funcional de la ANLA: "Otorgar o negar las licencias, permisos y trámites ambientales de competencia

del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, de conformidad con la ley y los reglamentos".

En la Sentencia T-282 de 2012, la Corte se refiere a la licencia ambiental como un *"típico mecanismo de intervención del Estado en la economía"* cuyo carácter de prevención y control del deterioro ambiental se califica teniendo en cuenta *"a) la pluralidad de concepciones del ser humano en relación con su ambiente, y b) la diversidad y especialidad de los ecosistemas regionales"*.

Esta misma Sentencia advierte, que todo derecho de propiedad establecido en el SPNN, *"queda cierta y legítimamente limitado, pues así lo determina el valor ecológico, biológico y económico del lugar donde aquél se encuentra"* y por ende, tales facultades de disposición, uso y goce, deben quedar condicionadas *"al reconocimiento de una licencia ambiental"* por parte de la ANLA, quien puede negarla, otorgarla o condicionarla a una serie de requisitos. Aquí se incluye *"la vocación que para la venta o, en su defecto, para la expropiación ante un cierto interés de utilidad pública que así lo amerite, tienen los terrenos de propiedad privada ubicados en tales áreas protegidas"*.

1.3 Alcance y definición de las actividades que requieren licencia ambiental en el SPNN

Para efectuar un análisis frente a las actividades dentro del SPNN que requieren licencia ambiental, es necesario acudir a dos instancias: a) la primera, efectuar un análisis sistémico e integral de normatividad y jurisprudencia que vincule las dos figuras jurídicas de licenciamiento y SPNN; y la segunda b) realizar una 'ponderación' y 'juicio de razonabilidad entre derechos, obligaciones y restricciones que se encuentran inmersos en la situación jurídica anteriormente descrita.

Comenzando con el primer punto, según el artículo 49 de la Ley 99 de 1993 y el artículo 3º del Decreto 2820 de 2010, el licenciamiento ambiental es el instrumento de control que ejercen las autoridades ambientales competentes respecto a la ejecución de un proyecto, obra o actividad que de acuerdo con la ley puede producir un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.

En materia de licenciamiento ambiental en las zonas protegidas del SPNN, la norma establece, *in genere*, la competencia sobre la totalidad de las áreas que conforman un parque nacional natural, independiente del tipo de propiedad que se ostente sobre ella, pública, privada o colectiva, del título y el modo (criterio afirmado por la CCC en la Sentencia T-282 de 2012).

No obstante, ha quedado abierta la interpretación sobre cuáles son las actividades que requieren licencia ambiental dentro del SPNN, es decir, si tiene que ser sobre la totalidad de proyectos, obras o actividades, o si por el contrario, existen algunos de estos sobre los cuales el instrumento de control ambiental deba apartarse y por tanto, no exigirse. En la Sentencia T-282 de 2012 la CCC establecía criterios generales de interpretación de la siguiente manera:

> *"Por su parte, en cuanto a la competencia, el Decreto 2820 de 2010, en desarrollo de la ley 99 de 1993, señalaba que el Ministerio de Ambiente otorgará o negará de manera privativa las licencias ambientales, para proyectos que afecten las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, afectación que o bien se presume o se impone objetivamente y para todos los casos, con lo que refuerza el carácter garantista de la misma".*

A pesar de establecer este argumento en la Sentencia citada, la Corte no especifica o no aborda un análisis a profundidad sobre los casos en los cuales es necesaria o no la exigencia de la licencia ambiental, pues si bien se remite a disposiciones contenidas en los Decretos 1220 de 2005 y 500 de 2006 (actualmente derogados) y el numeral 12 del artículo 8º del Decreto 2820 de 2010, da a entender que la expresión 'en todos los casos' está relacionada de manera amplia y referida principalmente a la distinción del tipo o régimen de propiedad, es decir, sin importar si la propiedad es pública, privada o colectiva.

A pesar que este criterio que no ha sido aclarado totalmente por la Sentencia ídem, la CCC sí retoma las definiciones normativas del licenciamiento ambiental afirmando que es exigible cuando *"potencialmente puede afectar los recursos naturales renovables o el ambiente [...], cuando quiera que su ejercicio determine una alteración cualquiera de las condiciones del entorno natural,"* y cuando se vaya a *"acometer la ejecución de obras, el establecimiento de industrias o el desarrollo de cualquier actividad susceptible de producir deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje".*

Posteriormente la CCC en ese mismo año, a través de la interpretación efectuada en la Sentencia C-746 de 2012 desarrolló criterios adicionales de interpretación frente a 'derechos adquiridos' de individuos y comunidades anteriores a la declaratoria de zonas protegidas. Este criterio concuerda con pronunciamientos anteriores de la Corte como la Sentencia C-035 de 1999, en lo concerniente a la finalidad del instrumento de control ambiental, que bajo la luz de la normatividad está encaminado hacia un "*fin preventivo o precautorio en la medida en que busca eliminar o por lo menos prevenir, mitigar o reversar, en cuanto sea posible, con la ayuda de la ciencia y la técnica, los efectos nocivos de una actividad en los recursos naturales y el ambiente*" (retomando el artículo 50 de la Ley 99 de 1993). Lo anterior teniendo en cuenta que cada uno de los

proyectos, obras o actividades, tienen un alcance diferente en materia de impactos ambientales de acuerdo a la "*naturaleza y magnitud de la respectiva obra o actividad*"[22].

Por esta razón, la CCC en la Sentencia C-746 de 2012, se ha remitido a conclusiones adicionales respecto al marco jurídico regulatorio del SPNN, en el cual identifica cinco elementos que revisten una especial importancia en términos de protección constitucional:

> *"Primero, que el uso, manejo y destinación de dichas áreas está sujeto de forma estricta a unas finalidades específicas de conservación, perpetuación en estado natural de muestras, y protección de diferentes fenómenos naturales y culturales, perfiladas en el artículo 328 del CRN. Segundo, que en concordancia con lo anterior, las actividades permitidas en el área de parques naturales son exclusivamente: conservación, investigación, educación, recreación, cultura, y recuperación y control, en los términos de los artículos 331 y 332 del CRN. Tercero, que en dichas áreas están prohibidas conductas que puedan traer como consecuencia la alternación del ambiente natural; en especial están prohibidas las actividades mineras, industriales, incluso las hoteleras, agrícolas y ganaderas. Cuarto, que dichas áreas están clasificadas según una cierta tipología (parque natural, área natural única, santuarios de flora y de fauna, y vía parque) basada en el reconocimiento de su valor excepcional, y en sus condiciones y características especiales, en los términos previstos en el artículo 329 del CRN. Y, por último, que dichas áreas están zonificadas para efectos de su mejor administración. Esta zonificación incluye también las zonas amortiguadoras ubicadas por fuera de tales áreas protegidas; estas zonas están sometidas a un régimen jurídico asimilable en algunos aspectos al del Sistema de Parques Nacionales Naturales, por lo cual es posible que en su territorio sean impuestas restricciones al ejercicio de los derechos y libertades, con el fin de atenuar los efectos nocivos que tales actividades puedan generar a las referidas áreas protegidas.*

De lo dicho, es posible establecer algunas conclusiones relevantes respecto a las actividades que requieren licencia ambiental dentro del SPNN:

En primer lugar, de acuerdo con la definición establecida por el artículo 3º del Decreto 2820 de 2010 y la jurisprudencia constitucional, existen actividades que requieren y otras que no requieren de licencia ambiental, en la medida en que tal instrumento ha sido creado con la finalidad de hacer seguimiento 'única y exclusivamente' a aquellos proyectos, obras o actividades que pueda producir "*deterioro grave a los recursos naturales renovables*" o al ambiente "*o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje*. Exigir que cualquier tipo de actividad dentro del SPNN deba pasar por el control de este instrumento, sería exagerar y argumentar *ad absurdum* la naturaleza misma de la licencia ambiental y la finalidad para la cual fue creada. Si así fuera, un exceso en la utilización de este instrumento afectaría seriamente el derecho

[22] Corte Constitucional de Colombia (CCC). 1999. *Sentencia C-035 de 1999 (Acción pública de inconstitucionalidad contra el artículo 56 de la Ley 99 De 1993)*. Bogotá D.C.: CCC.

de propiedad y los demás derechos reales conexos hasta afectar su núcleo esencial. Así lo menciona la CCC en la Sentencia C-746 de 2012 bajo este criterio de aplicación: "*el trámite, otorgamiento o negación de cualquier licencia ambiental para proyectos, obras o actividades en las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales debe estar sujeto a sus precisas finalidades y a los usos y actividades permitidas dentro de las áreas del Sistema, siempre que tales actividades no causen alteraciones significativas al ambiente*".

En segundo lugar, la definición de lo que debe o no ser objeto de licenciamiento ambiental dentro de las áreas protegidas debe interpretarse a la luz de las obligaciones establecidas en la zonificación del Plan de Manejo del Parque Natural, pues los límites no sólo se establecen en virtud de los mandatos constitucionales, sino que se concretizan con las decisiones o actos administrativas de las autoridades ambientales competentes, y por tanto debe haber un criterio de diferenciación por 'juicio de razonabilidad', toda vez que una misma actividad en diferentes áreas de zonificación no puede ser calificada de la misma manera (por ejemplo, como lo establece el Decreto 622 de 1997 en sus artículos 16, 18 y 19, en los que además se establecen diferentes tipos de zonificación como: zona intangible, zona primitiva, zona de recuperación natural, zona histórico-cultural, zona de recreación general exterior, zona de alta densidad de uso, zona amortiguadora). Al respecto la CCC en la Sentencia C-746 de 2012 afirma que "[...] *algunas de las áreas que integran el sistema de parques deben tener un plan de manejo sensible a las circunstancias bióticas, ecológicas, sociales, históricas y culturales que las caracterizan. Consciente de esta particularidad la autoridad reglamentaria, desde 1977 previó la zonificación de dichas áreas según las siguientes categorías: intangible, primitiva, de recuperación natural, histórico-cultural, de recreación general exterior, de alta densidad de uso y amortiguadora (D. 622 de 1977, art. 18), aspecto que por demás integra el régimen jurídico especial de los Parques Nacionales Naturales conforme se expuso en la consideración 26 de esta providencia*". Además la Corte termina esta idea más adelante en la misma Sentencia de manera clara sobre la pertinencia y relevancia de esta zonificación para efectos de la licencia ambiental, de la siguiente manera: "*desde esta perspectiva, la existencia de carreteras, acueductos u obras de prevención que puedan causar deterioro al Sistema de Parques Nacionales Naturales y que exigen el otorgamiento de la licencia ambiental, dependerá del tipo de área y su zonificación previstas en el ordenamiento jurídico, acorde con las finalidades de perpetuación, conservación, mantenimiento de la diversidad biológica y aseguramiento de la estabilidad ecológica, entre otras, que constituyen el soporte de estas áreas de especial protección*".

En tercer lugar, para establecer si una actividad dentro de las zonas protegidas del SPNN requiere o no de licencia ambiental, debe ponderarse adicionalmente los mandatos, obligaciones y límites impuestos en el ordenamiento jurídico y las decisiones administrativas con los derechos previamente adquiridos a la declaración del parque

natural tema que también ha sido tratado por la CCC en la sentencia anteriormente citada que se desarrollará para cada uno de los casos en el siguiente título.

Competencia PNN

Respecto a quien debe determinar que actividades o no deben ser licenciadas, estas tendrían que ser definidas por la autoridad ambiental competente, que según lo dispuesto en los numerales 1 y 7 del artículo 2º del Decreto 3572 de 2011, corresponde a la UAESPNN, pues es ella, la que debe "emitir concepto en el marco del proceso de licenciamiento ambiental de proyectos, obras o actividades que afecten o puedan afectar las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, conforme a las actividades permitidas por la Constitución y la ley", y conforme a los elementos y criterios desarrollados anteriormente para cada uno de los casos específicos.

2. Aplicación e interpretación de la normatividad para casos concretos que requieren licencia ambiental dentro del SPNN

Se han identificado al menos tres casos en los cuales debe analizarse la aplicación de normatividad específica, teniendo en cuenta los criterios interpretativos que exigen o no la aprobación de una licencia ambiental por parte de la ANLA dentro de las zonas protegidas del SPNN: i) en la construcción de viviendas, edificaciones, instalaciones y obras de prevención, ii) frente a derechos reales conexos para hacer efectivo el uso y goce del derecho de propiedad dentro de las zonas protegidas, esto es, las vías de acceso, carreteras, fajas viales y acueductos comunitarios, y iii) en los casos de adecuaciones para desarrollar las actividades ecoturísticas que se encuentran permitidos por la normatividad y conforme a la prestación directa de parques naturales, por los esquemas de ecoturismo comunitario o por los contratos de concesiones de servicios ecoturísticos.

2.1 Construcción de viviendas, edificaciones, instalaciones y obras de prevención en el SPNN

En materia de derechos adquiridos sobre propiedad privada o colectiva en las áreas del SPNN, existe un gran número que derechos que corresponde a viviendas, edificaciones, instalaciones y obras de prevención que se encontraban antes de la declaratoria de zona protegida. La CCC en Sentencia C-746 de 2012 ha reconocido este hecho, siguiendo el análisis histórico de asentamiento de poblaciones, pues "*algunas zonas del sistema de parques tienen asentamientos humanos desde antes de que tales áreas fueran reservadas*", es decir, claramente la Corte está reconociendo una serie de derechos adquiridos de manera previa a la declaratoria de las áreas que están relacionadas con estos procesos de población y asentamiento.

Ojo

Aquí se destaca que la existencia de estas viviendas, edificaciones, instalaciones y obras de prevención de dichos asentamientos deben ser respetados siempre que no representen un desconocimiento considerable a las condiciones definidas por el Plan de Manejo del parque natural. Y sobre actividades de mantenimiento y rehabilitación de

dichas obras, tendría que permitirse si no por lo menos en igualdad de condiciones a las permitidas inicialmente (las que ya estaban antes de la declaratorio del parque), aquellas que sean similares y que no alteren o causen un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o que introduzcan modificaciones considerables o notorias al paisaje, máxime cuando se trata de medidas indispensables para el uso y goce de la propiedad. Si estas condiciones se cumplen, no se tendría que exigir la licencia ambiental como requisito previo, mucho menos para hacer reparaciones, mantenimiento o rehabilitaciones menores sobre lo ya construido.

En caso contrario, cuando se observe una injerencia potencial grave respecto a las condiciones de los recursos naturales, el ambiente y/o el paisaje y no se tenga certeza, tendría que acudirse a un criterio técnico por parte de la autoridad ambiental UAESPNN a fin de establecer su concepto previo frente al requisito de licencia ambiental, aplicando en todo caso el principio *in dubio pro ambiens*, según el cual toda duda en términos de procedimiento será resuelta en favor del ambiente (Sentencia C-339 de 2002 de la CCC)[23].

Este análisis es importante para no menoscabar o afectar el núcleo esencial del derecho de propiedad, entendiendo que los derechos adquiridos deben ser conciliados con las obligaciones y límites que impone la declaratoria de utilidad pública e interés general sobre dichas áreas, en los términos expresados anteriormente.

2.2 Mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento vías de acceso, carreteras, fajas viales y acueductos comunitarios

Sobre los derechos reales conexos al derecho de propiedad (pública, privada o colectiva) y al derecho posesión como lo son el mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento de vías de acceso, carreteras, fajas viales y acueductos comunitarios, la CCC también se pronunció al respecto. En la precitada Sentencia C-746 de 2012, la Corte menciona explícitamente en el caso de las vías la categoría de 'Vía Parque' que de acuerdo con en el artículo 329 del Decreto 2811 de 1977, es un faja de terrero con carretera para fines de educación o esparcimiento. Allí concluye la CCC que la *"zonificación y los tipos de áreas que integran el Sistema de Parques Nacionales Naturales, por disposición del legislador y como lo reconoció en su intervención Parques Nacionales Naturales de Colombia, tiene consecuencias en cuanto a las actividades permitidas y prohibidas en dichas zonas, consintiendo la ejecución de determinadas actividades u obras que, pese a su impacto, están sometidas a la obligación de obtener una licencia ambiental"*.

También hace referencia la Corte en la misma decisión, al caso de construcción de acueductos comunitarios, observando que en este sentido no puede considerarse

[23] Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2002. *Sentencia C-339 de 2002 [Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 3 parcial, 4, 18 parcial, 34, 35 parcial literales a) y c) y 36 parcial de la ley 685 de 2001- Código de Minas]*. Bogotá D. C.: CCC.

como algo contradictorio sino compatible con los mandatos de protección de las áreas protegidas del SPNN:

> *Por ello, la Sala encuentra compatible con la Constitución que frente a la posibilidad de que las comunidades que habitan estas zonas decidan, por ejemplo, adelantar la construcción o adecuación de un acueducto, se exija la existencia de una licencia ambiental administrada por autoridades nacionales. Esta licencia con su carácter previo, obligatorio y cautelar, fungiría en este tipo de casos como un dispositivo protector del Sistema de Parques Nacionales Naturales, que permite concretar los mandatos de los artículos 79 y 80 de la Constitución.*

Decr. 769 22-04-2014 OJ Revisar

Ahora bien, para el caso de obras viales ha existido dificultad en la aplicación e interpretación sobre lo establecido en las Leyes 1228 de 2008 y 1682 de 2013 en materia de fajas mínimas de retiro obligatorio o áreas de exclusión para las carreteras del sistema vial nacional y sobre proyectos de infraestructura de transporte.

En relación a este tema, debe citarse el Memorando No. 20131300097883 de la Oficina Asesora Jurídica (OAJ) de la UAESPNN en el cual se afirma que dentro de las áreas del SPNN se exigirá licencia, pese a lo dispuesto por el artículo 44 de la Ley 1682 de 2013 sobre la no exigencia de licencia ambiental para los proyectos de mantenimiento, rehabilitación y mejoramiento que solo surtirán el proceso de "permisos menores que se requieran para su ejecución, y a los lineamientos que para tal efecto expida el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible" y la ANLA a través de los términos de referencia para infraestructura del transporte.

No obstante la OAJ de la UAESPNN aclara el tipo de actividades que deben ser objeto de licenciamiento ambiental son únicamente la 'rehabilitación' y el 'mantenimiento', pues respecto al mejoramiento se está hablado de un tipo de actividad que excedería los límites frente al régimen de usos de las áreas del SPNN:

> *"De los conceptos reseñados y el análisis precedente sobre el régimen de usos del Sistema, se concluye que las labores de mejoramiento, referidas a aquellas que implican cambios en las especificaciones de la vía en términos de mejorar su amplitud y servicio, es una actividad que se encuentra limitada por el régimen de usos de las áreas del Sistema, y que no puede ser contemplada como una actividad siquiera licenciable.*
>
> *Por otra parte en cuanto se refiere a los proyectos de rehabilitación y mantenimiento de vías, por presumir que conllevan para su ejecución un impacto y/o aprovechamiento de recursos que generan una afectación a las áreas del Sistema, deberá ser objeto de trámite de licenciamiento, como lo señala el numeral 9 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, y el artículo 8 numeral 12 del Decreto 2820 de 2010".*

Por su parte, la Ley 1682 de 2013 en su artículo 12 (no en el artículo 8 como lo establece el Memorando ibídem) establece las definiciones sobre los tipos de actividades u obras realizadas en materia de vías resaltando principalmente las

actividades de protección, mantenimiento, de emergencia (climáticas, telúricas, terrorismo), mantenimiento periódico, mantenimiento rutinario, mejoramiento, rehabilitación, etc.

Sobre las emergencias viales, el Memorando No. 20131300097883 de la OAJ de la UAESPNN establece que para aquellos casos en los cuales se presente taludes inestables, fallas geológicas, deslizamiento de terreno o desprendimiento de banca, debe activarse el Sistema Nacional de Gestión del Riesgo de conformidad con la Ley 1523 de 2012, en la cual se evaluarán las acciones o medidas a tomar para conjurar la emergencia. Sobre este caso, en particular el artículo 43 de la Ley 1682 de 2013, establece que "declarada por el Gobierno Nacional la existencia de una emergencia que afecte gravemente un proyecto de infraestructura de transporte, la entidad competente procederá a solicitar a la autoridad ambiental competente el pronunciamiento sobre la necesidad o no de obtener licencia, permisos o autorizaciones ambientales", es decir, que a la luz de la norma citada y conforme a lo establecido en los numerales 1 y 7 del artículo 2º del Decreto 3572 de 2011, dicha competencia corresponde a la UAESPNN, pues es ella, la que debe "emitir concepto en el marco del proceso de licenciamiento ambiental de proyectos, obras o actividades que afecten o puedan afectar las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales conforme a las actividades permitidas por la Constitución y la ley". Es decir, que dicha autoridad es quien debe definir de manera previa si se requiere o no de licencia ambiental tramitada por la ANLA.

Concluye el Memorando de la OAJ de la UAESPNN que "*si bien las situaciones de emergencia de por sí catalogadas como (Situación de peligro o desastre que requiere una acción inmediata), no pueden evadir los instrumentos normativos, por lo que se considera que en materia de áreas del Sistema de Parques, una vez conjurada la situación de riesgo o emergencia en el marco de la citada ley, deberá tramitarse la licencia ambiental de conformidad con el procedimiento establecido en el Decreto 2820 de 2010*".

Si bien en principio podría decirse que estas conclusiones están ajustadas al ordenamiento jurídico, la posición que adopta la OAJ de la UAESPNN sobre la exigencia de licencia ambiental dentro del SPNN, se desprende de la interpretación aislada y general del numeral 12 del artículo 8 del Decreto 2820 de 2010, pues infiere que ante cualquier proyecto, obra o actividad que se pretenda realizar en dichas áreas, "*se presume genera un impacto, por lo que para su realización se requiere el trámite de licenciamiento ambiental [...] lo que impide al operador jurídico de interpretar o morigerar su aplicación distinguiendo actividades que podrían ser consideradas más o menos impactantes para el ecosistema que se pretende proteger con esta categoría de protección*" máxime cuando se otorga esta competencia a la ANLA en virtud del Decreto 3573 de 2011.

Esta posición va claramente en contravía de los criterios enunciados anteriormente, empezando por considerar que la 'presunción de un impacto' en cualquier proyecto obra o actividad, no establece *per se* la exigencia de licencia ambiental, pues como se indicó antes, el instrumento de control siempre debe ajustarse a su alcance, finalidad y naturaleza jurídica, es decir, sólo para aquellas actividades que puedan ocasionar un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o que introduzcan modificaciones considerables o notorias al paisaje (impactos negativos graves), a lo cual se suma, aquellas áreas que se identifiquen, conforme a lo establecido en el Plan de Manejo como lo recuerda la jurisprudencia constitucional (ibídem) con base en las disposiciones del Decreto 622 de 1977, esto es, actividades que *"tiene consecuencias en cuanto a las actividades permitidas y prohibidas en dichas zonas, consintiendo la ejecución de determinadas actividades u obras que, pese a su impacto, están sometidas a la obligación de obtener una licencia ambiental"*.

Adicionando además el reconocimiento jurisprudencial frente a 'derechos adquiridos' en materia de derecho de propiedad y derechos reales que han sido constituidos con anterioridad a la declaratoria de zona protegida del SPNN, debe incorporarse al análisis de aplicación de la Ley 1228 de 2008 en materia de seguridad vial, derecho de vía o fajas de protección. Por ejemplo, frente a la tensión entre los derechos de propiedad y derechos reales conexos con los deberes establecidos en materia vial y en materia de protección frente a las zonas protegidas, existe la necesidad de hacer una ponderación a través de un test o juicio de proporcionalidad[24], desarrollado por la CCC (Sentencia T-269 de 2002 y Sentencias C-372, C-543 y 598 de 2011) y adecuado al tema específico de afectación a la propiedad por el CEC[4] (Sentencia del 09 de mayo de 2012, citada anteriormente), para lo cual es indispensable[25] [26]:

> *"i) determinar si la afectación al interés general y sus consecuencias sobre el ejercicio del derecho de propiedad buscan una finalidad constitucional; **ii)** si la limitación a los derechos del propietario es adecuada respecto del fin; **iii)** si la limitación es necesaria para la realización de éste, es decir que no se pueda lograr el fin deseado mediante una intervención menos intensa en el derecho de propiedad; y **iv)** si la limitación al derecho de propiedad resulta estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado".*

[24] El 'juicio de proporcionalidad' o 'razonabilidad' se define jurídicamente como la relación entre medios y fines que deben ser abordados en las decisiones judiciales, a fin de analizar validez de los objetivos y los costos asumidos en términos de restricción a los derechos y capacidades materiales del Estado para satisfacer dichos fines. La CCC ha desarrollado el 'test de proporcionalidad' aplicado a las sentencias de tutela y el 'test integrado de proporcionalidad' para los casos de control de constitucionalidad, aunque con los mismos elementos de análisis. Se denota que la CCC ha adoptado desarrollado una mezcla entre el 'test de igualdad' del sistema norteamericano y el 'juicio de proporcionalidad' del sistema europeo.

[25] Alexy, R. 1986. *Theorie der grundrechte* [versión español, (1993) *Teoría de los derechos fundamentales*]. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. Según Alexy (p. 161) las 'posibilidades jurídicas' se remiten al análisis de ponderación stricto sensu de "optimización relativa" acudiendo a la argumentación y razón bajo la 'ley de la ponderación', según la cual: "cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro". Mientras que las 'posibilidades fácticas' hacen referencia al análisis de idoneidad y necesidad de una medida pensando en los costos para otros principios o derechos (Alexy, 2008).

[26] Corte Constitucional de Colombia (CCC). 2002. Sentencia T-269 de 2002 [Caso Santos vs Inpec]. Bogotá D.C.: CCC.

En el caso de seguridad vial frente a la protección ambiental –deberes en los cuales se observa la prevalencia del interés general–, el criterio del Memorando de la OAJ de la UAESPNN es acorde bajo un análisis jurídico integral en materia de prohibiciones de 'mejoramiento o ampliaciones de vías' en virtud del régimen de usos de las áreas del SPNN, por lo cual la ponderación resultará en favor de la protección ambiental. En efecto, sólo serán permitidas las obras de mantenimiento y rehabilitación vial pero teniendo en cuenta la afectación al núcleo esencial del derecho de propiedad y sus derechos reales conexos, por lo cual tendrá que proceder la respectiva evaluación técnica con base en el Plan de Manejo que sirva de sustento para decidir sobre la exigencia o no del instrumento de control ambiental sobre impactos graves en materia de recursos naturales renovables, el ambiente o las modificaciones considerables o notorias al paisaje.

En consecuencia, los propietarios que mantengan derechos de vías, en caso de necesitar una rehabilitación y mantenimiento vial siempre y cuando sea menor y no implique impactos negativos graves, podrán hacerlo sin exigencia de una licencia ambiental, pues acudiendo al juicio de proporcionalidad, una decisión contraria afectaría el núcleo esencial de los derechos reales conexos y necesarios para el uso y goce de la propiedad, y en este caso, es factible lograr una conciliación entre los mandatos de protección ambiental y los deberes jurídicos de seguridad vial a través de una intervención menos intensa y proporcional sobre el derecho de propiedad.

Sobre el supuesto en el cual las viviendas, edificaciones, obras o instalaciones anteriores puedan desconocer deberes frente a las fajas mínimas de carreteras, derechos de vías o seguridad vial (como la visibilidad de conductores), también tendrá que efectuarse un análisis de proporcionalidad para determinar la prevalencia de los derechos, límites y obligaciones, teniendo en cuenta que debe buscarse al máximo la conciliación entre los deberes y los derechos adquiridos, incluso mediante decisiones intermedias que garanticen la aplicación de la proporcionalidad estricta.

2.3 Obras destinadas a adecuaciones, instalaciones y facilidades ecoturísticas en el SPNN

Dentro del análisis sobre las actividades desarrolladas dentro del SPNN, se encuentran aquellas relacionadas con las obras destinadas a la adecuación, instalación y facilidades ecoturísticas. Al respecto, existe un marco normativo por medio del cual se regulan dichas actividades, como lo es la Ley 300 de 1996 (Ley General de Turismo) y la Ley 1518 de 2012 que introduce algunas modificaciones, así como los demás Decretos reglamentarios 2590 y 4933 de 2009 y la Resolución 531 de 2013 del Ministerio de Ambiente que incorporan algunas consideraciones de la Sentencia C-746 de 2012 de la CCC y recomendaciones de la Conferencia Río+20 sobre Desarrollo Sostenible.

La norma que ha establecido un mayor desarrollo frente al tema de instalaciones y facilidades ecoturísticas ha sido precisamente la Resolución 531 de 2013 del Ministerio de Ambiente. Así por ejemplo, en sus consideraciones preliminares, se refiere a el número de áreas en las cuales se desarrollan este tipo de actividades, según lo cual "Parques Nacionales Naturales de Colombia administra y maneja cincuenta y seis (56) áreas protegidas, veintitrés (23) de ellas donde se desarrollan actividades de recreación y quince (15) de estas cuentan con infraestructura para actividades y servicios que incluyen alojamiento, alimentación y guianza" incluyendo la "conformación del esquema de ecoturismo comunitario que cuenta a la fecha con seis (6) contratos de prestación de servicios ecoturísticos comunitarios". También menciona la presencia de infraestructura de carácter permanente sobre la cual deben tomarse medidas a fin de hacer reclasificación de las zonas de manejo con la finalidad de recuperar los ecosistemas que se han visto alterados por el impacto de dicha infraestructura y que generan un riesgo de deterioro de la biodiversidad. En ese mismo sentido afirma la necesidad de prevenir la generación de impactos negativos por la existencia de esta infraestructura permanente, ya existente allí, y que para minimizar otros posibles impactos no se permitirá la instalación de nueva infraestructura permanente dentro de dichas áreas y por el contrario promover su ubicación en las zonas periféricas".

En el artículo 3º de Resolución ibidem, concluye que se determinarán: "a) áreas con vocación ecoturística y b) áreas sin vocación ecoturística, las cuales no podrán desarrollar el ecoturismo. Se observa además en este mismo artículo 3º que para la determinación de las áreas de vocación ecoturística se tendrá como criterio las "*Áreas del Sistema que tiene infraestructura para el desarrollo de actividades ecoturísticas*" definida como "infraestructura de apoyo o facilidades básicas para el adecuado desarrollo de actividades ecoturísticas en las áreas del Sistema, como: senderos, miradores, alojamiento, taquillas de control, camping, baterías sanitarias para visitantes, museo y/o aula ambiental, señalización, etc.".

Sobre el licenciamiento ambiental en materia de adecuaciones, instalaciones y facilidades ecoturísticas dentro del SPNN, la Sentencia C-746 de 2012 de la CCC, también ha establecido que es el instrumento idóneo para prevenir los posibles impactos que puedan presentarse como consecuencia de dichas actividades:

> *"Por otra parte, no ignora la Sala que algunas de las áreas protegidas del Sistema de Parques Nacionales Naturales tienen una zona de alta densidad de uso destinada a actividades recreativas y turísticas. Frente a la necesidad de adecuación de las facilidades ecoturísticas, la licencia funge igualmente como una herramienta de gestión y de prevención de los posibles impactos que tales obras puedan aparejar".*

En este caso no se habla de derechos adquiridos de manera previa (*ex ante*) a la declaración de zona protegida dentro del SPNN, sino de actividades que han sido desarrolladas con posterioridad (*ex post*) pero que en el mismo sentido, se han

consagrado a partir del desarrollo normativo y en los actos administrativos de las autoridades competentes.

Por tanto, existe también la necesidad de conciliar y ponderar los derechos de propiedad que en este caso se encuentran en titularidad del Estado (propiedad pública o estatal, por ejemplo en el artículo 6º de la Resolución 531 de 2013 del Ministerio de Ambiente), frente a los deberes de protección ambiental consagrados en el ordenamiento jurídico. En este sentido, tendrá que definirse por parte de la UAESPNN cuáles podrían ser las actividades permitidas de acuerdo con la normatividad ambiental y la zonificación establecida por el "Plan de Manejo de las Áreas del Sistema con vocación ecoturísticas" (artículo 4º de la Resolución 531 de 2013 del Ministerio de Ambiente).

Pero adicionalmente la UAESPNN sobre estos casos, debe determinar las actividades que requieran de licencia ambiental, ya sea construcción de infraestructura permanente nueva o de mantenimiento y rehabilitación de la misma, con base en: i) la normatividad ambiental relacionada con los límites, restricciones y obligaciones de la propiedad para actividades en zonas protegidas, ii) la normatividad que regula las actividades ecoturísticas, iii) la jurisprudencia relevante sobre el tema, como la que se ha abordado anteriormente, iv) el reconocimiento de infraestructura construida dentro del SPNN con base en normatividad reglamentaria y actos administrativos que constituye propiedad pública, v) las condiciones de concesión de servicios ecoturísticos y de esquemas de ecoturismo comunitario, vi) la zonificación hecha por los Planes de Manejo de los parques naturales y Plan de Manejo de las Áreas del Sistema con vocación ecoturísticas; y vii) la evaluación técnica sobre la infraestructura existente; y viii) el grado de impacto de dichas actividades dentro del cual se observe la naturaleza y alcance mismo de la licencia ambiental en materia de impactos graves sobre los recursos naturales renovables, el ambiente o las modificaciones considerables o notorias al paisaje.

3. Conclusiones

Teniendo en cuenta lo anterior, se presentan las conclusiones más importantes sobre el tema objeto de apoyo jurídico, esto es, la exigencia de licencia ambiental frente a viviendas, edificaciones, instalaciones y obras de prevención, en materia de proyectos de rehabilitación y mantenimiento de obras viales, reconocimiento de fajas mínimas en carreteras, límites de la emergencia vial y sobre la construcción de adecuaciones, instalaciones y facilidades ecoturísticas en el SPNN:

1) La imposición de prohibiciones, límites y obligaciones frente a las actividades que pueden desarrollarse en las áreas del SPNN, de ninguna manera deben interpretarse como una restricción absoluta frente a las facultades de 'uso, goce y disposición' haciendo nugatorio el ejercicio mismo de este derecho. En su

lugar, como lo ha establecido la jurisprudencia constitucional, las autoridades deben esforzarse por conciliar las obligaciones, restricciones y limitación de protección de las zonas protegidas con los derechos de propiedad privados, colectivos y públicos y sus derechos reales conexos.

2) En desarrollo del criterio interpretativo para conciliar los derechos de la propiedad 'privada' o 'colectiva' y del derecho de posesión con las obligaciones, restricciones y limitaciones de interés público de las zonas protegidas, deben reconocerse aquellos 'derechos adquiridos' que se han constituido de manera previa a la declaración y regulación jurídica de las áreas del SPNN y que, por esta razón, no pueden ser desconocidos, vulnerados o restringidos totalmente según la jurisprudencia administrativa, pues perdería la naturaleza del derecho afectándolo en su núcleo esencial, situación ante la cual tendría que existir una indemnización y expropiación del Estado por la dificultad para ejercer las facultades de 'uso y goce' del bien dentro de los límites normativos.

3) Acudiendo a la interpretación jurisprudencial de la CCC, los 'derechos adquiridos' en el SPNN no sólo hacen referencia al derecho de propiedad, construcción de viviendas, edificaciones, instalaciones, obras de prevención y adecuaciones para actividades ecoturísticas, sino también a otra serie de derechos reales conexos que fueron establecidos de manera previa a la declaración de las áreas de parques naturales, para hacer efectivo el uso y goce del derecho de propiedad como vías de acceso, carreteras, fajas viales y acueductos comunitarios.

Efectividad de derechos reales privados.

4) Los derechos adquiridos que han sido consolidados jurídicamente dentro del SPNN, deben ser reconocidos pero no bajo una protección absoluta sino relativa, y en aquellos casos en que resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad del interés público o social, el interés privado deberá ceder al interés público o social tratando de ser 'conciliados' con los mandatos de utilidad pública, protección ambiental y función ecológica de la propiedad.

5) Sobre el licenciamiento ambiental en las áreas protegidas del SPNN, de acuerdo con la definición establecida por el artículo 3° del Decreto 2820 de 2010 y la jurisprudencia constitucional, existen actividades que requieren y otras que no requieren de licencia ambiental, en la medida en que el instrumento de control ha sido creado con la finalidad de hacer seguimiento única y exclusivamente a aquellos proyectos, obras o actividades que pueda producir *"deterioro grave a los recursos naturales renovables"* o al ambiente *"o introducir modificaciones considerables o notorias al paisaje.* Un exceso en la utilización de este instrumento afectaría seriamente el derecho de propiedad y los demás derechos reales conexos afectando su núcleo esencial.

Ojo Unicamente

P.M: de la zona protegida.

6) La definición de lo que debe o no ser objeto de licenciamiento ambiental dentro de las áreas protegidas debe interpretarse a la luz de las obligaciones establecidas en la zonificación del Plan de Manejo del Parque Natural, pues según la jurisprudencia constitucional, los límites no sólo se establecen en virtud de los mandatos constitucionales, sino que se concretizan con las decisiones administrativas de las autoridades ambientales competentes y, por tanto, debe haber un criterio de diferenciación que allí se establezca por 'juicio de razonabilidad', por cuanto una misma actividad en diferentes áreas de zonificación del parque no puede ser calificada de la misma manera (por ejemplo, como lo establece el Decreto 622 de 1997 en sus artículos 16, 18 y 19). Así por ejemplo, en ciertos casos será necesario acudir a una regulación más intensa por parte del instrumento de control ambiental, en el caso de áreas altamente importantes en términos de biodiversidad, por ejemplo, las áreas protegidas estrictas son por definición internacional de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza de 1998 (UICN) reservorios de recursos genéticos in situ, que tienen por función reservar y proteger muestras representativas de los más valiosos y representativos ecosistemas de la nación, con el fin de que evolucionen y se adapten a los cambios ambientales, sus individuos animales y platas tiene el carácter de bienes públicos y son objetos de conservación y valores instrumentales del área protegida, por lo que se debe propender por la salvaguarda de la integridad, funcionalidad, homogeneidad, complejidad estructural y diversidad biológica de estos ecosistemas y minimizar acciones y/o actividades que pudieran afectar esa integridad.

7) Para establecer si una actividad dentro de las zonas protegidas del SPNN requiere o no de licencia ambiental, debe ponderarse adicionalmente los mandatos, obligaciones y límites impuestos en el ordenamiento jurídico y las decisiones administrativas con los derechos previamente adquiridos a la declaración del parque natural, tema que también ha sido tratado por la CCC en las sentencias anteriormente indicadas.

8) Según lo dispuesto en los numerales 1 y 7 del artículo 2º del Decreto 3572 de 2011, corresponde a la UAESPNN determinar, mediante la zonificación y Plan de Manejo, las actividades permitidas y prohibidas, las actividades u obras que, pese a su impacto, están sometidas a la obligación de obtener una licencia ambiental que debe expedir la ANLA dentro del SPNN.

9) En el caso concreto de viviendas, edificaciones, instalaciones y obras de prevención en asentamientos previos a la declaración del parque natural, deben ser respetados siempre que no representen un desconocimiento considerable a las condiciones definidas por el Plan de Manejo del parque natural. Y sobre actividades de reparación, mantenimiento y rehabilitación en dichos bienes no se exigirá licencia cuando se realice en igualdad de condiciones a las permitidas

inicialmente o cuando se trate de construcciones similares que no alteren o causen un deterioro grave a los recursos naturales renovables o al ambiente o que introduzcan modificaciones considerables o notorias al paisaje. En caso contrario, tendrá que exigirse la licencia ambiental.

Desde el punto de vista técnico, no es conveniente permitir obras de 'adecuación' que vayan más allá de la mera 'restauración' de infraestructuras preexistentes que garanticen su seguridad y habitabilidad; es decir que estas deberán conservar las áreas construidas iniciales, mantener las alturas iniciales y por supuesto el volumen inicial, para evitar la proliferación de infraestructuras de alto contraste con uno de los valores más importantes que se protegen en un área protegida estricta del orden nacional como lo es el 'escenario y el paisaje' con son valores constitutivos y objetos de conservación de este tipo de áreas.

En materia de obras viales, derecho de vía y reconocimiento de fajas mínimas en carreteras y seguridad vial, sólo serán susceptibles de licenciamiento ambiental la 'rehabilitación' y el 'mantenimiento', excluyendo la posibilidad sobre el 'mejoramiento', el cual excede los límites frente al régimen de usos de las áreas del SPNN, tal como lo especificó la OAJ de la UAESPNN sobre la interpretación del artículo 44 de la Ley 1682 de 2013. Lo anterior por cuanto el mejoramiento, puede incluir modificaciones importantes del tipo ampliación de la calzada, lo cual generaría afectación de recursos naturales, el ambiente y el paisaje generando nuevos impactos negativos adicionales. En el mismo sentido el mejoramiento de vías, podría incluir el cambio del radio de giro de las curvas para mejorar la velocidad y/o la seguridad de los vehículos lo cual conlleva a actividades constructivas mayores, que dentro de un área protegida pueden afectar gravemente los sistemas naturales protegidos.

Ahora bien, como lo han establecido los criterios de la Guía de Manejo Ambiental de Proyectos de infraestructura del Ministerio de Ambiente y el Invías del 2011, la rehabilitación y el mantenimiento vial, hacen relación a mantener unas condiciones iniciales de diseño y de operación vial que sean cómodas y seguras para los usuarios, pudiendo cambiar las especificaciones de la vía, más no su trazado y/o alineamiento, cambio de especificaciones que no debe requerir de licencia ambiental ni dentro ni fuera de las áreas del SPNN.

10) Acerca de la emergencia vial, se debe dar aplicación al artículo 43 de la Ley 1682 de 2013, según el cual, la entidad competente procederá a solicitar a la UAESPNN el pronunciamiento sobre la necesidad o no de obtener licencia, permisos o autorizaciones ambientales, aunque la OAJ tiene como criterio la exigencia del trámite de la licencia ambiental en los casos descritos sobre las áreas del SPNN, de conformidad con el procedimiento establecido en el Decreto 2820 de 2010.

11)Los propietarios que mantengan derechos de vías, en caso de necesitar una rehabilitación y mantenimiento vial siempre y cuando sea menor y no implique impactos negativos graves, podrán hacerlo sin exigencia de una licencia ambiental, pues acudiendo al juicio de proporcionalidad, una decisión contraria afectaría el núcleo esencial de los derechos reales conexos y necesarios para el uso y goce de la propiedad.

12) Sobre la construcción de adecuaciones, instalaciones y facilidades ecoturísticas en el SPNN, la UAESPNN, sobre estos casos, debe determinar las actividades que requieran de licencia ambiental, ya sea construcción de infraestructura permanente nueva o de mantenimiento y rehabilitación de la misma, con base en los elementos descritos anteriormente.

Cordialmente,

ROBERTH LESMES ORJUELA
Jefe Oficina Asesora Jurídica -ANLA

Elaboró: Gustavo A. Ortega – Asesor OAJ – ANLA